Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

V.

Berichtigung einer Ansicht über die prozessualische Form der Gewissensvertretung im österreichischen Civilprozesse.

Von

Dr. Franz Haimerl,
ord. öff. Prof. d. Rechte in Prag.

In der Abhandlung von Brackenhöft über den Eid als Beweismittel im 1. Hefte des XXIX. Bandes dieses Archives kommt auf der Seite 25 in der 5. Anmerkung folgende Stelle vor: „Im österreichischen „Processe, wo es kein besonderes Beweisstadium giebt, ist die prozessualische Form der „Gewissensvertretung die einer besonderen „Klage." Der Verf. der dort begonnenen schätzenswerthen Abhandlung beruft sich zur Unterstützung dieser Behauptung auf das Hofdecret vom 30. October 1788 und auf Rizy's Monographie über den Beweis durch den Haupteid im österr. Civilprozesse [1]). Da jedoch der also hingestellte Satz nach den österr. Prozeßgesetzen, d. i. der Gerichtsordnung und den dazu gehörigen Declaratorien, ganz unrichtig und geeignet erscheint, irrige Ansichten über das Wesen der Gewissensvertretung nach unseren Gesetzen, so wie über die prozessualische Form derselben zu verbreiten, so erlaube ich mir um so mehr in Kürze darauf aufmerksam zu machen, als jene Behauptung im Widerspruche mit meinen Erörterungen über die Gewissensvertretung [2])

1) S. meine Anzeige über dieses Werkchen in Richter's Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft vom Jahre 1838.

2) S. dieselben im I. Bande der österr. jurid. Zeitschrift v. J. 1838, S. 69—96.

steht und, als richtig zugestanden, meine Lehre theilweise als verfehlt darstellen würde.

Im österr. Civilprozesse ist die Beseitigung des als Beweismittel angewendeten Eides durch andere zulässige Beweismittel auf eine zweifache Art möglich gemacht, nämlich a) durch die Gewissensvertretung (probatio pro exoneranda conscientia) und b) durch den Beweis zur Verhinderung des Meineides (probatio pro evitando perjurio).

Rücksichtlich der ersteren, der Gewissensvertretung, der unsere Gesetze nur bei dem Haupteide (juramentum litis decisivum) erwähnen, erklären die §§. 204 und 205. der allgemeinen Gerichtsordnung, und zwar:

§. 204. „Wenn jener, dem der Haupteid aufge„tragen worden ist, sich erboten hat, sein Gewissen mit „einem Gegenbeweise zu vertreten, ist er hierzu durch Ur„theil zuzulassen, falls jedoch dieser Beweis nicht rechts„beständig ausfiele, so könnte er den aufgetragenen Eid „nicht mehr annehmen"; —

§. 205. „Hätte er sich im Processe nicht angeboten, „sein Gewissen mit einem Gegenbeweise zu vertreten, so „wäre er zu verurtheilen, den Eid anzunehmen, oder ihn „dem Gegner zurückzuschieben." —

In der letzten Beziehung ist zwar durch das Hofdecret vom 16. März 1842 in so fern eine Veränderung eingetreten, daß der Haupteid auch, so daß er nicht zurückgeschoben werden darf, aufgetragen werden kann; allein dies berührt unsere Frage nicht[3]). Im übrigen geben die angeführten beiden §§. nach der allg. G. O. über die Gewissensvertretung, die das Gesetz „Gegenbeweis" nennt, Maß und Ziel, und aus ihnen erhellet zur Genüge, daß von einer besonderen Klage zur Geltendmachung dieser Art der Beweisführung

3) Auch das neue Gesetz über das summarische Verfahren enthält einige, jedoch gleichfalls nicht hierher beziehbare Aenderungen.

keine Rede ſein könne. Will der Delat ſein Gewiſſen mit Beweis vertreten, ſo muß er, weil das gemeinrechtlich ſ. g. Productionsverfahren in unſerm Civilprozeſſe mit dem erſten Verfahren verſchmolzen iſt, in der Rede oder Schrift, in der er ſich gegen den Deferenten vertheidiget, diejenigen Beweismittel vorſchlagen (anticipando anbieten), wodurch er, ſtatt nach dem Antrage des Gegners zu ſchwören, anderweitigen Beweis führen will, und iſt dieß auf die vorgeſchriebene Art geſchehen, erſcheint das zu beweiſende Factum im Prozeſſe relevant und das als Gewiſſensvertretung vom Delaten angebotene Beweismittel geeignet und zuläſſig; ſo wird der Richter, wegen der ſubſidiariſchen Natur des Eides, von ſeinem Standpunkte, auf das als Gewiſſensvertretung angebotene Beweismittel, mit Uebergehung des Haupteides, abgehen und die dießfällige Beweisführung in der Art, wie ſie die Natur des vorgeſchlagenen Beweismittels nach der geſetzlichen Normirung erheiſcht, zulaſſen, ohne daß dießfalls eine beſondere Klage nöthig oder auch nur zuläſſig wäre. Setzen wir z. B., der Kläger hätte in ſeiner Klage für den Fall des Widerſpruches dem Geklagten anticipando den negativen Haupteid aufgetragen; der widerſprechende Geklagte will aber dieſen weder annehmen und abſchwören, noch auch denſelben dem Deferenten zur eigenen Abſchwörung des affirmativen Eides zurückſchieben, ſondern ſeine negative Behauptung — ſeinen Widerſpruch des Klagefactums etwa durch Zeugen beweiſen, ſo wird er regelmäßig in der Einrede (Vertheidigungsſchrift) oder doch jedenfalls noch im Prozeſſe, wie der §. 205. verlangt, alſo vor dem Schluſſe der Verhandlung, dieſe Erklärung abgeben und den Zeugenbeweis anbieten, der Richter aber nach geſchloſſener Verhandlung mittelſt Beiurtheils auf dieſen Zeugenbeweis des Delaten erkennen, mit Uebergehung des in der Klage deferirten Eides. Sofort wird dann nach rechtskräftig gewordenem Beiurtheile zur weitern Durchführung des auferlegten Zeugenbeweiſes geſchritten und nach geendigten Zeu-

genbeweis-Verfahren in der Hauptsache erkannt. (Vergl. die a. h. Entschlg. vom 23. May 1835 und die weitere Ausführung der Lehre von der Gewissensvertretung in meiner cit. Abhandlung).

Für die zweite Art, auf welche die Beseitigung des Eides durch andere Beweismittel möglich ist, oder für die s. g. probatio pro evitando perjurio, die nach unsern Prozeßnormen auf keinen bestimmten Eid beschränkt ist, erklärt zunächst der §. 231. der allgemeinen Gerichtsordnung:

„Wenn ein Theil vor abgelegtem Eide neue Beweis-
„oder Gegenbeweismittel ausfindig gemacht hätte und durch
„Beibringung standhafter Behelfe, oder in Ermanglung
„derselben durch seinen Eid darzuthun vermögend wäre,
„daß er dieselben während des Prozesses nicht geflissentlich
„verschwiegen habe, in diesem Falle ist der Gegentheil
„nicht zum Eide, sondern er zur Führung seines Bewei-
„ses oder Gegenbeweises zuzulassen." Es wird hier vorausgesetzt, daß der Eid als Beweismittel vom Richter bereits zugelassen und einer Partei zur Abschwörung auferlegt wurde, daß die Partei den Eid auch schwören will, der Gegner aber nun erst neue Beweismittel aufgefunden hat. Dazu erklärt dann das Hofdecret vom 30. Oktober 1788 zuerst, daß in diesem Falle nicht derjenige, dem die Ablegung des Eides aufgetragen worden — also im Falle des Haupteides nicht dem Delat, wie bei der Gewissensvertretung — sondern nur sein Gegentheil sich dieses Rechtes bedienen könne. Denken wir uns wieder: der Kläger hätte dem Geklagten über das Klagefactum den Haupteid aufgetragen, der Richter habe darauf in Folge des §. 205. der Gerichtsordnung erkannt und der Delat trete ihn an; nun aber finde der Kläger und Eidesdeferent andere Beweismittel auf, wodurch er seine Klagsasserte, deren Widerspiel der Gegner beschwören will, zu erweisen meint. Da tritt der Fall der probatio pro evitando perjurio, nicht der der Gewissensvertretung ein. Das

prozeſſualiſche Verfahren dabei normirt weiter das Hofdecret vom 30. Oktober 1788, wie folgt:

„Wenn ſich nun dieſer ſothanen Rechtes bedienen will, „ſo iſt das Benehmen hiebei folgendes: a) derſelbe muß „mündlich oder ſchriftlich, vor oder bei der Tagſatzung, „welche zur Abſchwörung des Eides angeordnet worden iſt, „die ausfindig gemachten, in dem vorigen Proceſſe nicht „vorgekommenen Beweismittel dem Richter vorlegen und „hiernach bitten, daß mit der Abſchwörung des Eides in„negehalten und er zum Beweiſe des Widerſpiels deſ„ſen, was ſein Gegner beſchwören ſoll, zugelaſſen werde. „b) Hierüber ſind bei einer Tagſatzung beide Theile zu „hören, jedoch nicht weiters, als über den Umſtand, ob „die beigebrachten Beweismittel auch wirklich zu dem ab„geführten Prozeſſe gehören und ob ſie nicht gefliſſentlich „bei dem vorigen Prozeſſe verſchwiegen worden ſind. Hier„bei muß, ſoweit nicht beide Theile einig ſein ſollten, „durch Urtheil erkannt werden, ob vermöge des Geſetzes „die Beweisführung ohne weiters oder allenfalls gegen Ab„legung des Eides der nicht gefliſſentlichen Verſchweigung „zuzulaſſen ſei. c) In dieſe Verhandlung aber kann kei„nerdings ſchon die Frage einbezogen werden, ob durch „die ausfindig gemachten Beweismittel auch der Beweis „hergeſtellt ſei; denn hierüber muß nach erfolgten Zulaſ„ſung des Beweiſes eine ordentliche, mit dem Beweiſe „inſtruirte Klage von demjenigen, der den Beweis ange„boten hat, überreicht und darüber, wie über jedes an„dere Klagrecht, was Rechtens iſt, erkannt werden.“ Und da ſind wir nun auf dem Punkt gelangt, von dem aus ſich der Grund des beſprochenen Irrthums von ſelbſt ergibt. Dr. Brackenhöft bezog das nur bei der probatio pro evitando perjurio geltende Geſetz auf die Gewiſſensvertretung. Nicht bei dieſer, wohl aber bei jener kann von einer beſonderen Klage die Rede ſeyn; denn genau betrachtet, liegt in der probatio pro evitando perjurio nichts anderes vor, als eine restitutio ob noviter reperta, wel-

che jedoch vor rechtskräftiger Entscheidung verlangt wird, welche daher auch Entscheidung und Execution hinausschiebt, was bei der restitutio ob nova nach rechtskräftiger Entscheidung nicht der Fall ist [4]). — Uebrigens ist selbst bei der probatio pro evitando perjurio die Nothwendigkeit einer besonderen Klage bei uns keine durchgreifende, indem das Hofdecret vom 30. Oktober 1788 nur dort gilt, wo die allgemeine Gerichtsordnung eingeführt ist; zur westgalizischen Gerichtsordnung enthält das Hofdecret vom 14. September 1827 eine andere Erläuterung [5]).

Da endlich im österreichischen Civilprozesse, vermöge der ihm *eigenthümlichen* Beweises-Anticipation *nur* die Beweismittel, womit man im Falle der Nothwendigkeit beweisen will, gleich dort namhaft gemacht werden sollen, wo man in der Verhandlung die zu beweisende Behauptung vorbringt; da weiter, wenn der Beweis nöthig erscheint und das vorgeschlagene Beweismittel einer besonderen Ausführung bedarf, der Richter vorerst auf den Beweis erkennen, die Partei denselben antreten und durchführen muß, da endlich auch nach unsren Prozeßnormen bei dem Beweise durch Zeugen und durch Kunstverständige über die Herstellung oder das Mißlingen des Beweises mittelst Beweisschrift und Beweiseinrede (Salvations- und Impugnationsschrift) verhandelt werden kann, so wäre auch die mit unterlaufene Behauptung: *daß es im österreichischen Prozesse kein eigenes Beweisstadium gibt*, in etwas zu modificiren. In eine weitere Erörterung und Erwägung der Vor- und Nachtheile unseres Systemes im Vergleich mit andern einzugehen, würde zu weit führen; dazu bietet die Abhandlung über den Eid als Beweismittel auch keinen Anlaß.

4) Vergl. *Nippel's* Kommentar zum §. 231. der allg. Gerichtsordnung.

5) Vergl. *Heidmann's* österr. Civil-Gerichts-Ordnungen in ihren Praralellstellen. Wien 1842.